

平成 25 年 10 月 8 日

民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(3) 資料 68Aについての意見

法制審議会民法（債権関係）部会幹事  
潮見 佳男

下記の意見を申し述べます。

1. 第 1「履行請求権等」の 2（履行不能）に関して

- |  |
|--|
| <p>(1) 債務の履行が不能（その債務が契約によって生じたものである場合にあっては、当該契約の趣旨に照らして不能であることをいう。以下同じ。）であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができないものとする。</p> <p>(2) 金銭の給付を目的とする債務については、上記(1)は、適用しないものとする。</p> |
|--|

<意見>

(2)について規定を設けることについては慎重を期すべきである。むしろ、規定をおかず、(1)で対処することを希望する。

<理由>

(2)は「金銭に不能なし」の格言を考慮したものと思われるが、金銭債務についても、この履行請求を排除するのが適切な場合がある。裁判例にあらわれた事案でも、証券会社が顧客に対して事前の利益保証・事後の損失補填行為により利益提供することを禁止する規定が違反行為に対する罰則規定とともに 1991 年（平成 3 年）の証券取引法の改正で新設されたところ、その改正法が施行される前に証券会社がした同様の利益提供約束に基づき、顧客から履行請求（利益提供請求）がされたものがある。この事件で、最高裁は、改正法が罰則規定のみ遡及適用を否定するにとどまり、禁止規定の遡及適用を排除しなかった点に着目し、ここから、改正法施行前の利益提供行為についても禁止の対象から除外されていないとして、財産上の利益提供を求める請求が「法律上…許容される余地はない」とした（最判平成 15 年 4 月 18 日民集 57 卷 4 号 366 頁。契約締結時には事前の利益保証等が禁止されていなかったため、利益供与約束そのものを民法 90 条で無効とすることのできなかつた事案である。）。

(2)は、金銭債務にも法律的不能（法令による不能）があることを視野の外にしている。そのため、これをこのまま規定したのでは、誤解を招くことになる。

仮に、(1)に法律的不能も含まれるとの理解をするのであれば、ますます、(2)は奇妙な規定である。

そもそも、「金銭に不能なし」の考え方は、ローマ法では、金銭債務の不履行の場合の損害賠償において問題となっていたもの（現民法 419 条レベル）であり、ローマ法において履行請求権を意識して語られていたものではないと承知している。

要するに、金銭債務については、(1)で対処すれば足り、誤解を招く(2)は有害無用である。

## 2. 第2「債務不履行による損害賠償」6「損害賠償の範囲」について

債務の不履行に対する損害賠償の請求は、その不履行によって生じた損害のうち次に掲げるものの賠償をさせることをその目的とするものとする。

(1) その不履行によって通常生ずべき損害

(2) 上記(1)に該当しない損害であって、その不履行の時点において債務者が予見すべきであった損害（その債務が契約によって生じたものである場合にあっては、当該契約の趣旨に照らして債務者が予見すべきであった損害）

### <意見>

素案の内容で改正をするのであれば、民法416条を維持するほうが、今後の解釈に混乱を生じさせない。素案の内容は、損害賠償の範囲を定めるルールを、現民法以上に不透明にする。

そのうえで、学説と実務においては、これまでの審議および意見等を通じて深化させられた点を考慮し、民法416条をめぐる解釈論の現状に安住せず、将来に向けて、今回の議論の成果を踏まえた検討をさらに重ねるべきである。

なお、私自身は、民法（債権法）改正検討委員会試案【3.1.1.67】が、契約上の債権に限れば、現在までに示されている各種提案のなかでは、もっとも優れていると考えるが、この時期に及んで固執はしない。

### <理由>

素案は、部会内外であらわれている基礎理論面での対立を踏まえ、どの考え方からもそれなりの説明ができるようにするために、上記内容の案を提示したものと思われる。その努力には敬意を表したいが、この素案の内容だと、かえって、現行の416条のもとにおける以上に、改正後の解釈に混乱をきたすことが懸念される。

そもそも、(1)の「通常生ずべき損害」と(2)との関係が不明である。(1)には(2)のような契約上の債務に照準を合わせた規律（括弧書き）を入れていないということであれば、契約上の債務について、「通常生ずべき損害」が何によって決まるのか、「契約の趣旨」が本質的ではないのか等、「通常生ずべき損害」がどのような観点から決定されるのかわからない。(2)が(1)を不透明にしていると同時に、そもそも(1)自体にも、私が以前から本部会で発言・意見表明している問題がある。

(1)の「通常生ずべき損害」は、あえていうと、契約上の債務に限っていえば、「当該契約のもとでの評価に従い（＝当該契約の趣旨に照らして）、債務者の負担とされるべき損害」である。しかも、この意味での損害は、「契約締結時に予見すべきであった損害」に限定されるものではない。「契約締結後に債務者が予見し、または予見すべきであった損害」も、当該契約のもとでの評価に従い賠償を認めるべきか否かが決せられるべきものである。それゆえ、(1)と(2)を並列で規定したのでは、両項の関係をめぐり、解釈論が紛糾する恐れがある。

素案が、いわゆる我妻理論（部会審議における中井委員の一連の発言は、この考え方に極めて近い。）を直截に言語化したものでもなく、保護範囲論を直截に言語化したものでもなく、抽象的損害計算と具体的損害計算の重層構造（最小限の損害としての客観的損害+ $\alpha$ ）を示したものでもないだけに、将来の解釈上の混乱と紛糾を危惧するところである。

また、(2)についても、中間試案の(2)——「中間試案(1)に掲げる損害が、債務者が契約を締結した後に初めて当該不履行から生ずべき結果として予見し、又は予見すべきものとなったものである場合において、債務者がその損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じたときは、債務者は、その損害を賠償する責任を負わない」——を削除した理由に対する評価が不分明である。すなわち、中間試案(2)を削った理由として、「説明」では、2つの真逆の観点からの理由付けがされている。ひとつは、「損害回避のために相当と認められる措置」を講じた場合には、およそ当該損害は予見すべき損害とはいえなくなるから不要であるという理由付けである。もうひとつは、およそ予見し、または予見すべき損害であれば、「相当と認められる措置」を

講じたか否かにかかわらず賠償を認めるべきであるから不要であるという理由付けである。いずれもパブコメにあらわれた意見を踏まえての記載であるが、だからといって、単純に中間試案の(2)を削除しただけでは、立案にあたり、上記理由付けのいずれの方向から削除をしたのかが分からなくなる。また、(2)の2つの理由付けが的を射ているのかも大いに疑わしい(とりわけ、前者の理由づけは、不法行為法における損害回避義務と予見可能性をめぐる周知の議論を一体どのように理解して、このような意見を出しているのか、その見識そのものを疑う)。いずれにしても、このような状況で、素案の(1)と(2)だけを規定したのでは、将来の解釈論が紛糾する恐れがある。

他方、416条を現状のまま維持すれば、現在の理論的対立がそのまま続くことになるが、これによる不利益と今回の素案の内容での改正による利益、とりわけ、ルールとしての明確性の確保という利益を比較したとき、私としては、この時期に及んでは、前者(現状維持)を支持せざるを得ない。

もちろん、この間の議論においては、416条をめぐる従前の議論のあいまいな点、改善・補充すべき点が部会の内外における議論で示されており、その成果は、理論と実務の深化にとっては大きな意義を有するものと考えられる。学説と実務においては、仮に416条が現状維持となったとしても、従前の議論を漫然と粗述することを繰り返すのではなく、今回の議論の成果を踏まえ、将来に向けた理論の深化への傾注しなければならない点を厳に自覚する必要がある。

### 3. 第3「契約の解除」について

<68Aに関する全体を通じての意見>

債務者の帰責事由を不要とした点については、賛成である。また、全体を通じて、契約の目的を達成することができない場面で債務不履行を理由とする契約の解除が正当化されるという考え方が示されている点についても、積極的に評価したい。

そのうえで、なお、以下の点が気になる。

① 「履行遅滞等を理由とする解除」・「履行不能を理由とする解除」という枠組みで類型化をしているが、このような表題(条文見出し)は、それぞれの素案の規定する内容を的確に反映していない。むしろ、素案の立案方式を維持するにしても、「催告解除」と「契約目的達成不能を理由とする解除」または「催告を必要としない解除(無催告解除)」という枠組みで整理をしたほうがわかりやすいのではないかと考える。なお、私自身は、「契約目的達成不能を理由とする解除(重大不履行解除)」を本則とし、その例外または1類型として「催告解除」をこれに続ける規律形態がよいと考えているが、既にこの観点からの意見は述べており、そのうえでの素案の提示ということであれば、全体をどのように理解するかという観点から本則を読み解くこともできるため、固執はしない。

② 債権者の責めに帰すべき事由による債務不履行・履行不能の場合に、債権者は解除をすることができないという素案については、これでよいと考えるが、この場合に、現民法536条2項後段に該当する規定を付加しておく必要はないか。

#### 4. 第5「受領（受取）遅滞」について

- (1) 債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができない場合において、その債務の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、履行の提供があった時からその物の引渡しをするまで、自己の財産に対するのと同じの注意をもって、その物を保存すれば足りるものとする。
- (2) 債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができないことによって、その履行の費用が増加したときは、その増加額は、債権者の負担とするものとする。
- (3) 債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができない場合において、履行の提供があった時以後にその債務の履行が不能となったときは、債務者は、その履行の不能による責任を負わないものとする。

##### <意見>

(3)については、「説明」に書かれている内容がわかるように書かないと、(3)のみを見た者が混乱をする恐れがある。今回の素案が各所で用いている表現を用いるならば、「債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができない場合において、履行の提供があった時以後にその債務の履行が不能となったときは、債務者は、その履行の不能による責任を負わない。ただし、その履行の不能が債務者の自己の財産に対するのと同じの注意による保存義務に反する行為によって生じた場合は、この限りでない。」と書いたほうが、疑義が生じないように思われる（もとより、立証責任の分配次第では、書きぶりは変わりうる。）。

##### <理由>

素案の「説明」では、(3)では原則的な規律「のみ」を掲げたものとし、そのうえで、「危険の移転後に履行不能となった場合であっても、その履行の不能が債務者の『自己の財産に対するのと同じの注意による保存義務』（素案(1)参照）に反する行為によって生じたものであるときは、債務者は履行不能による責任を負う」と述べている。後者は、例外的な規律という位置づけではないかと目される。しかし、この規律については、原則だけを挙げたのでは、一見すると分かりにくく、例外がないものとも見られかねない。立証責任の問題もあることから、事務局が例外則と考えている準則も含め、条文上で明示的に示しておいたほうがよい。

以上